

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140074-O/U/dz-ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichterin
lic. iur. Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely sowie die Ge-
richtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 14. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Vergehen gegen das Ausländergesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 13. Januar 2014 (GG130061)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. November 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 15).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 150 Tagen, wovon bis und mit heute 91 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 24. Februar 2011 ausgefallten Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen.
5. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 ausgefallten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen, unter Anrechnung von einem Tagessatz, welcher durch Haft erstanden ist.
6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	1'200.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'200.–	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	7'204.60	amtliche Verteidigung
Fr.	<u>9'604.60</u>	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. Die übrigen Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 97 S. 2)

1. In Abänderung der Ziffern 1 bis 3 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 13. Januar 2014 sei der Beschuldigte vollumfänglich von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. In Abänderung der Ziffern 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 13. Januar 2014 sei auf den Widerruf des bedingten Vollzuges bezüglich
 - der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 24. Februar 2011 ausgefallten Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu CHF 30.00 und
 - der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 ausgefallten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 30.00nicht einzutreten.
3. In Abänderung der Ziffern 6 und 7 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 13. Januar 2014 seien die Verfahrenskosten, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.
4. Es sei dem Beschuldigten für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine angemessene Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(schriftlich, Urk. 61)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

Mit Urteil vom 13. Januar 2014 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 150 Tagen, wovon 91 Tage durch Haft erstanden waren. Gleichzeitig wurde der bedingte Vollzug zweier bedingt ausgefallter Geldstrafen gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 24. Februar 2011 (5 Tagessätze zu Fr. 30.–) sowie gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 (60 Tagessätze zu Fr. 30.–) widerrufen, unter Anrechnung von einem Tagessatz, welcher durch Haft erstanden war (Urk. 49 S. 9 f.).

Im Anschluss an die Urteilseröffnung verfügte die Vorinstanz die Entlassung des Beschuldigten aus der Sicherheitshaft per 22. Januar 2014 und dessen Zuführung an das Migrationsamt des Kantons Thurgau (Urk. 32 S. 2 f., Prot. I S. 20). Gegen diese Entlassungsverfügung erhob der Beschuldigte gleichentags Beschwerde bei der III. Strafkammer des Obergerichts und beanstandete seine Zuführung ans Migrationsamt des Kantons Thurgau. Mit Beschluss vom 5. Februar 2014 trat die III. Strafkammer auf diese Beschwerde nicht ein, weil der Beschuldigte mittlerweile dem Migrationsamt zugeführt worden sei (vgl. Urk. 43 S. 2 ff.).

Gegen das vorinstanzliche Urteil liess der Beschuldigte am 15. Januar 2014 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 36) und am 10. März 2014 die Berufungserklärung einreichen (Urk. 57). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 61).

Im Laufe des Berufungsverfahrens gingen hierorts zahlreiche, in französischer Sprache gehaltene Eingaben des Beschuldigten ein, in welchen sich der Beschuldigte gegen seine Verurteilung sowie seine Ausschaffung wendete (Urk. 50 - 55/17 und Urk. 70 ff.). Am 5. Mai 2014 wurde der Beschuldigte nach B._____ [Land in Afrika] ausgeschafft und es wurde ihm ein Einreiseverbot bis April 2017 auferlegt (Urk. 77).

Weil der Beschuldigte auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens bestand, beantragte der amtliche Verteidiger anlässlich der Berufungsverhandlung vom 13. Juni 2014 die Sistierung des Verfahrens. Diesem Antrag wurde stattgegeben und das Verfahren mit Beschluss gleichen Datums bis zum 2. April 2017 sistiert (Urk. 85). Gegen die Sistierung erhob der Beschwerdeführer persönlich Beschwerde beim Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Beschluss vom 20. Oktober 2014 als unzulässig erachtete (vgl. Urk. 90).

In der Folge wurde neu auf den 14. Juli 2017 vorgeladen, wobei die Vorladung an den Beschuldigten durch Publikation im Amtsblatt erging (Urk. 92 f.).

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen. Beweisanträge wurden keine gestellt.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

Dem Beschuldigten wird im Wesentlichen vorgeworfen, sich vom 22. Juli 2011 bis zu seiner Verhaftung am 15. Oktober 2013 rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten zu haben, was er gewusst oder zumindest in Kauf genommen habe (Urk. 15 S. 2).

Während der Beschuldigte im Verfahren der Vorinstanz die Aussage verweigerte (vgl. Prot. I S. 7 ff.), hatte er in der Untersuchung eingeräumt, sich im fraglichen

Zeitraum in der Schweiz aufgehalten zu haben und ausgeführt, die Schweiz seit seiner ersten Ankunft am 19. September 2006 [recte: 2007] nie verlassen zu haben (Urk. 3 S. 2). Indessen hatte er zusammengefasst geltend gemacht, er sei einerseits als französischer Staatsangehöriger zum Aufenthalt in der Schweiz ohne Weiteres berechtigt (vgl. Urk. 3 S. 2, S. 5 f.), andererseits habe er sich aufgrund des laufenden [Asyl-]Verfahrens gutgläubig in der Schweiz aufgehalten (vgl. Urk. 3 S. 4).

Die Vorinstanz verwarf die Einwendungen des Beschuldigten mit zutreffender Begründung, worauf vorab verwiesen werden kann (vgl. Urk. 49 S. 4 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen und Ergänzungen:

Der Standpunkt des Beschuldigten, als französischem Staatsangehöriger stehe ihm ohne Weiteres ein unbefristetes Bleiberecht in der Schweiz zu (vgl. Urk. 3 S. 2) ist abwegig. Auch EU-Bürger benötigen für ihren Aufenthalt von über 3 Monaten in der Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung und müssen insbesondere als Nichterwerbstätige den Nachweis erbringen, über genügend finanzielle Mittel zu verfügen (vgl. Art. 10 Abs. 2 AuG, vgl. Art. 2 und Art. 24 Abs. 1 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681). Dass der mittellose Beschuldigte weder eine Aufenthaltsbewilligung noch einen Anspruch auf eine solche hatte, war ihm bereits bei seiner Einreise in die Schweiz am 19. September 2007 bewusst, hätte er doch andernfalls am 24. September 2007 in C._____ [Ortschaft] kein Asylgesuch gestellt (vgl. Urk. 5/3).

Zum Aufenthaltsstatus des Beschuldigten lässt sich den Akten Folgendes entnehmen (Urk. 5/3): Das Bundesamt für Migration trat mit Verfügung vom 5. November 2007 auf das Asylgesuch des Beschuldigten nicht ein und wies ihn aus der Schweiz weg. Aufgrund der vom Beschuldigten erhobenen Beschwerde wurde ihm mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. November 2007 der Aufenthalt in der Schweiz gestattet, worauf die Beschwerde mit Urteil vom 5. Februar 2010 abgewiesen wurde. Mit Schreiben vom 9. Februar 2010

wurde der Beschuldigte durch das Bundesamt für Migration auf das Urteil des Bundesverwaltungsgericht hingewiesen und er wurde aufgefordert, die Schweiz bis zum 22. Februar 2010 zu verlassen (Urk. 5/5). Auf die vom Beschuldigten gegen das Urteil vom 5. Februar 2010 erhobene Beschwerde trat die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit Urteil vom 22. Februar 2010 nicht ein (vgl. Sammelbeilage Urk. 5/3). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte trat in der Folge auf die vom Beschuldigten gegen dieses Urteil am 9. August 2010 erhobene Beschwerde mit Schreiben vom 23. September 2013 nicht ein (vgl. Urk. 5/3, letzte Seite).

Nachdem der Beschuldigte von den zuständigen Behörden rechtskräftig wegweisen und zum Verlassen der Schweiz aufgefordert wurde, hatte er kein Bleiberecht in der Schweiz. Dies würde selbst dann zutreffen, wenn er ein französischer Staatsbürger wäre. Den Akten lässt sich jedoch ohne Weiteres entnehmen, dass der Beschuldigte nicht französischer, sondern B._____ Staatsangehöriger ist. Er besitzt für Frankreich keine gültige Aufenthaltsbewilligung und wurde von Frankreich wiederholt nach B._____ ausgeschafft (vgl. Urk. 5/2, Urk. 5/3). Für die Zuerkennung einer französischen Staatsangehörigkeit des Beschuldigten, welche von Frankreich abgelehnt wird, sind Schweizer Gerichte entgegen der Ansicht des Beschuldigten nicht zuständig (vgl. Urk. 3 S. 4 f., Urk. 50 S. 4, Urk. 51).

Zusammenfassend hätte der Beschuldigte ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit den in Rechtskraft erwachsenen Wegweisungsentscheiden folgen (vgl. Urk. 5/3) und die Schweiz verlassen müssen (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 AuG). Die Rechtswidrigkeit seines Aufenthalts musste ihm nicht zuletzt aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 bewusst sein, nachdem sein Asylantrag abgelehnt und die dagegen erhobenen Beschwerden abgewiesen worden waren, sofern überhaupt darauf eingetreten wurde (vgl. Beizugsakten Urk. 9/1-5, Urk. 14). Nur am Rande sei erwähnt, dass die Argumentation des Beschuldigten, dass in Bezug auf seine Wegweisung und seine Vorstrafen keine rechtskräftigen "Schweizer Entscheide" vorliegen würden, ins Leere zielt (vgl. Urk. 97 S. 5). Entscheide erwachsen selbstredend auch dann in Rechtskraft,

wenn die Rechtsmittelinstanzen "lediglich" einen Nichteintretensentscheid fällen und sich nicht noch einmal materiell mit der Sache befassen.

Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz als Vergehen gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (rechtswidriger Aufenthalt) ist zutreffend und wurde von der Verteidigung nicht in Frage gestellt (Urk. 97 S. 7 ff.).

In Ergänzung des vorinstanzlichen Urteils ist zu prüfen, ob die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatenangehöriger (ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98ff. [EU-Rückführungsrichtlinie]) eingehalten wurde. Gemäss dieser Richtlinie sind strafrechtliche Sanktionen wegen rechtswidrigen Aufenthalts ausgeschlossen, solange ein Staat nicht im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug einer Rückführung unternommen hat und diese nur am Verhalten des Betroffenen gescheitert ist. Eine Bestrafung wegen rechtswidrigen Aufenthalts kommt somit nur infrage, wenn die Ausreise objektiv möglich ist (Urteil 6B_482/2010 E. 3.2.2 und 3.2.3) und zuvor ein administratives Rückführungsverfahren in die Wege geleitet worden ist oder sich ein derartiges Verfahren von vornherein als undurchführbar erweist (Urteil des Bundesgerichts 6B_713/2012 vom 19. April 2013, Erw. 1.3. und 1.4.).

Die zunächst beabsichtigte Rückführung nach Frankreich im Rahmen des Übernahmeabkommens scheiterte. Dieses in die Wege geleitete administrative Rückführungsverfahren konnte aufgrund der fehlenden Staatsangehörigkeit sowie der Wegweisungsverfügung seitens von Frankreich (vgl. Urk. 5/2) nicht durchgeführt werden. Zudem tauchte der Beschuldigte nach dem Erlass des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 unter und vereitelte mithin bewusst seine Rückführung. Der Beschuldigte wurde erst am 15. Oktober 2013 wieder verhaftet, was im vorliegenden Verfahren den massgeblichen Deliktszeitraum darstellt. Im Übrigen macht der Beschuldigte zu keinem Zeitpunkt geltend, die Ausreise nach B._____ sei ihm objektiv nicht möglich. Unter diesen Umständen erweist sich eine Bestrafung des Beschuldigten wegen rechtswidrigen

Aufenthalts auch unter Berücksichtigung der EU-Rückführungsrichtlinie als zulässig.

Der Beschuldigte ist demnach des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (rechtswidriger Aufenthalt) schuldig zu sprechen.

III. Strafzumessung

1. Strafrahmen

Die Vorinstanz hat den gesetzlichen Strafrahmen von Art. 115 Abs. 1 AuG (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) korrekt angeführt. Indes ist festzuhalten, dass es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um ein Dauerdelikt handelt, doch bewirkt eine frühere Verurteilung eine Zäsur (BGE 135 IV 6 E. 3.2 S. 9). Fehlt es an einem vom früheren losgelösten, neuen Tatentschluss und beruht die nach dem vorangegangenen Schuldspruch andauernde Verwirklichung des Daueratbestandes mithin auf einem fortwirkenden, schon vor der ersten Verurteilung gefassten einheitlichen Tatentschluss, muss das Gericht im neuen Urteil bei der Zumessung der Strafe für die noch nicht beurteilte Deliktsdauer mit Blick auf das Schuldprinzip darauf achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist (Art. 47 Abs. 1 StGB) und die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (BGE 135 IV 6 E. 4.2 S. 11).

Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthalts für den Zeitraum vom 9. Juli 2010 bis 21. Juli 2011 bereits zu insgesamt 60 Tagessätzen verurteilt wurde (Beizugsakten Urk. 14). Da er offenkundig die Schweiz nach seiner Einreise am 19. September 2007 nicht mehr verlassen wollte, fasste er nach seiner ersten Verurteilung keinen neuen Tatentschluss. Gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung könnte der Beschuldigte daher heute maximal mit 300 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 10 Monaten Freiheitsstrafe bestraft werden.

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass keine Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe vorliegen.

2. Strafzumessungsregeln

Die vorinstanzliche Festsetzung der Strafe erfolgte ohne Nennung der allgemeinen Strafzumessungsregeln und ohne Festsetzung einer Einsatzstrafe (vgl. Urk. 49 S. 6). Dies ist nachzuholen.

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Für die Zumessung der Strafe ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden. Bei der *Tatkomponente* ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Delikts festzulegen und zu bewerten. Dabei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie auf Grund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Ebenfalls von Bedeutung sind die kriminelle Energie, der Tatbeitrag bei Tatausführung durch mehrere Täter sowie ein allfälliger Versuch. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen. Die *Täterkomponente* umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 2006, S. 117 m.w.H.).

3. Tatverschulden

Bei der Feststellung der Tatkomponente ist zunächst die objektive Tatschwere für die Verschuldensbewertung festzulegen und zu bemessen.

Der Beschuldigte hielt sich nach seiner ersten Verurteilung über weitere 26 Monate in der Schweiz auf, ohne dazu berechtigt zu sein. Zwar hatte er sich vorgängig um ein Aufenthaltsrecht im Rahmen des Asylverfahrens bemüht, doch war dieses bereits zum Zeitpunkt des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 rechtskräftig abgeschlossen und er damit zum Aufenthalt in der Schweiz nicht legitimiert (vgl. Beizugsakten Urk. 1 S. 4 und Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 22. Februar 2010 in Urk. 5/3). Nach der ultimativen Ausreiseaufforderung des Bundesamtes für Migration vom 8. Juli 2010 (Beizugsakten Urk. 9/5) hatte der Beschuldigte bis zum 21. Juli 2011 über ein Jahr Zeit, um die Schweiz zu verlassen. Der Beschuldigte machte indes nicht geltend, sich auch nur ansatzweise um seine Ausreise bemüht zu haben, war er doch gerade mit dem Zweck des Verbleibens in der Schweiz untergetaucht. In objektiver Hinsicht ist mit der Vorinstanz (Urk. 49 S. 6) von einem relativ erheblichen Verschulden auszugehen.

Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte mitnichten deshalb in der Schweiz bleiben wollte, weil ihm in B._____ Schaden drohen würde. Mit seinem Aufenthalt in der Schweiz bezweckte er offenkundig die Anerkennung als französischer Staatsbürger, was jenes Land jedoch ablehnt. Mithin versuchte er durch die Begehung einer Straftat (illegaler Aufenthalt) einen ihm nicht zustehenden Status zu erzwingen, was als verwerflich bezeichnet werden muss. Wenn die Vorinstanz das Verhalten des Beschuldigten daher als jenes eines Überzeugungstäters würdigt (Urk. 49 S. 6), ist dies zutreffend. Der Umstand, dass der Beschuldigte sich jahrelang ohne ersichtlichen Grund weigerte, wieder auszureisen und zu diesem Zweck untertauchte, deutet - im Bezug auf die Vorschriften des Ausländergesetzes - auf eine gewisse kriminelle Energie hin. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass er sich seit seiner Ausschaffung an die Fernhaltemassnahme hielt und die Schweiz - soweit ersichtlich - nicht wieder

betrat. In Würdigung dieser Umstände ist festzustellen, dass das subjektive Verschulden das objektive Tatverschulden nicht relativiert.

In Anbetracht der langen illegalen Verweildauer und des direkten Tatvorsatzes erscheint eine Einsatzstrafe von 150 Tagessätzen bzw. 5 Monaten Freiheitsstrafe angemessen.

4. Täterkomponente

Den Ausführungen des Beschuldigten in der Untersuchung (Urk. 3 S. 8) sowie den übrigen Akten (Beizugsakten Urk. 5) lässt sich zusammengefasst entnehmen, dass der Beschuldigte am tt. November 1969 in D._____ [Ortschaft], B._____, geboren wurde. Er habe 6 Geschwister und drei Halbschwestern aus anderen Ehen seines Vaters, welche alle in Frankreich lebten. Im Jahre 1982 sei er nach Frankreich gekommen, wo er bis zum Alter von 16 Jahren zur Schule gegangen sei. In der Folge habe er eine Lehre als Automechaniker und Chauffeur abgeschlossen und auf diesen Berufen gearbeitet. Am 19. September 2007 sei er in die Schweiz gekommen und habe am 24. September 2007 ein Asylgesuch gestellt. Sein Vater habe ihm für die Schweiz ein Auto zur Verfügung gestellt, welches er für "die Arbeit" benötige und von Zeit zu Zeit von seinem Vater gegen ein anderes ausgetauscht werde, da er den Unterhalt hierfür nicht bezahlen könne. Dem im Rahmen des Berufungsverfahrens eingereichten Datenerfassungsblatt lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigte ledig ist und weder über ein Einkommen noch ein Vermögen verfügt (Urk. 63). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung darüber hinaus an, dass der Beschuldigte -zumindest zum Zeitpunkt, als er sich noch in der Schweiz aufhielt - keine Kinder und auch keine Schulden hatte (Urk. 97 S. 8).

Unerwähnt liess der Beschuldigte in den früheren Strafverfahren jeweils jene Angaben, welche er gegenüber dem Migrationsamt machte (Urk. 5/3): So sei er nach seinem Umzug von B._____ nach Frankreich im Jahre 1982 von den französischen Behörden im November 2004 nach B._____ ausgeschafft worden, wo er bis zum 17. März 2006 abwechslungsweise bei Familienangehörigen und Freunden gelebt habe. Anschliessend habe er B._____ verlassen, sei nach Belgi-

en geflogen und dann nach Frankreich zurückgekehrt, wo er eine mehrmonatige Haft erstanden habe. Hernach habe er in Frankreich ein normales Leben geführt, bis er im Frühjahr 2007 erneut verhaftet und nach B._____ ausgeschafft worden sei. Wiederum habe er bei seiner Familie und bei Freunden gelebt, bis er am 23. September 2007 über E._____ [Staat in Afrika] nach Frankreich gereist sei, wo er sich eine Woche bei seiner Familie aufgehalten habe. Aus Furcht, erneut in sein Heimatland B._____ ausgeschafft zu werden, sei er am 24. September 2007 illegal in die Schweiz eingereist. Zum Aufenthaltsstatus des Beschuldigten ist auf die Ausführungen unter Ziff. III zu verweisen.

Der Lebensgeschichte des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen. Eine besondere Strafempfindlichkeit ist nicht gegeben.

Die Vorinstanz berücksichtigte die beiden Vorstrafen des Beschuldigten gemäss den Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 24. Februar 2011 und der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Juli 2011 zu Recht als straf erhöhend, wobei zu präzisieren ist, dass der Strafbefehl vom 20. Juli 2011 eine einschlägige Vorstrafe betrifft und damit etwas stärker straf erhöhend zu berücksichtigen ist. Demgegenüber betrifft der Strafbefehl vom 24. Februar 2011 lediglich eine Sachbeschädigung, was sich in geringerem Masse straf erhöhend auswirkt. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu erwähnen, dass sich der Umstand der erneuten, teilweise einschlägigen Delinquenz während laufenden Probezeiten abermals straf erhöhend auswirkt. Es verstösst nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, die erneute Straffälligkeit während laufender Probezeit neben den Vorstrafen als weiteren Straferhöhungsgrund zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_765/2008 vom 7. April 2009, E. 2.1.2.). Die straf erhöhende Wirkung der einschlägigen Vorstrafe sowie der Delinquenz während der Probezeit sind jedoch insofern zu relativieren, als die Strafe bei der Festsetzung der Einsatzstrafe bereits zu berücksichtigen waren.

Das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich seines ständigen Aufenthalts in der Schweiz seit September 2007 (Urk. 3 S. 2) ist indes entgegen der Ansicht der Vorinstanz strafmindernd zu berücksichtigen, gab er doch damit einen Sachver-

halt zu, der ihm nicht ohne Weiteres hätte nachgewiesen werden können. Weil dieses Teilgeständnis jedoch keineswegs als Ausdruck von Einsicht in das Unrecht seiner Tat verstanden werden kann, sondern die Aussagen von einer gänzlichen Einsichtslosigkeit zeugen, ist es lediglich in geringem Umfang strafmildernd zu würdigen. Immerhin ist dem Beschuldigten zugute zu halten, dass er sich nunmehr nach seiner Ausschaffung an das gegen ihn verhängte Einreiseverbot hielt.

Aufgrund der dargelegten, überwiegend strafehöhend zu berücksichtigenden Elemente der Täterkomponente erweist sich die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe von 150 Tagessätzen bzw. 5 Monaten Freiheitsstrafe im Rahmen des Gesamtverschuldens als eher milde, jedoch noch angemessen. Einer Verschärfung steht ohnehin das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO entgegen.

Angesichts der Mittellosigkeit des Beschuldigten, welcher aus der Schweiz ausgewiesen wird und demzufolge auch keinen Anspruch auf Sozialhilfe hat bzw. nur Nothilfe beziehen kann, wäre die Tagessatzhöhe theoretisch auf den minimalen Ansatz von Fr. 10.– festzulegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_610/2009 vom 13. Juli 2010, E. 1.5.).

5. Strafart

Auf eine kurze Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn der Vollzug der Geldstrafe voraussichtlich nicht möglich ist. Wenn eine solche negative Vollstreckungsprognose ungünstig ausfällt, muss auf eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe erkannt werden. Denn das Gesetz behält die Freiheitsstrafe für diesen Fall ausdrücklich vor, damit "der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen kann" (Botschaft 1998 S. 2044). Bei der Abschätzung der Vollzugschancen sind an erster Stelle die Vollzugsmodalitäten zu berücksichtigen. Zwar sind für die Festlegung und Erstreckung von Zahlungsfristen (Art. 35 Abs. 1 StGB) sowie die Anordnung der sofortigen Zahlung oder Sicherheitsleistung (Art. 35 Abs. 2 StGB) die Vollzugsbehörden zuständig. Gleichwohl müssen die Gerichte im Rahmen des Prognoseurteils auf den zu erwartenden Vollzug vorausblicken, um die Vollzugschan-

cen abschätzen zu können. Dabei ist zu beachten, dass der Vollzug der Geldstrafe in erster Linie durch freiwillige Zahlung erfolgen soll. Erst bei Nichtbezahlung innert Frist wird die Geldstrafe auf dem Weg der Betreibung vollstreckt, wenn davon ein Ergebnis zu erwarten ist (vgl. Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 1 StGB). Das Gesetz stellt zudem durch Androhung einer Ersatzfreiheitsstrafe sicher, dass die Geldstrafe geleistet wird. Dadurch soll auf den Verurteilten der nötige Druck ausgeübt werden. Weiter ist die Aufenthaltsberechtigung des Betroffenen in die Prognose zu integrieren. Eine im Urteilszeitpunkt rechtskräftige Wegweisung kann den Vollzug einer Geldstrafe fraglich erscheinen lassen. Allerdings darf selbst von einer sicher bevorstehenden Ausschaffung nicht unbesehen auf die Unvollziehbarkeit der Geldstrafe geschlossen werden. Wenn die Geldstrafe sofort bzw. bis zum Ablauf der Ausreisefrist vollständig vollzogen werden kann, ist eine Gefährdung des Geldstrafenvollzugs ausgeschlossen. Das Gericht hat daher zu prüfen, ob der Verurteilte die Geldstrafe innert dieser Zeitspanne - mit seinem Einkommen oder allenfalls unter Rückgriff auf das Vermögen - bezahlen oder dafür entsprechende Sicherheiten leisten kann. Es kann die Geldstrafe selbst im Laufe der Verhandlung entgegennehmen. In die Vollzugsprognose miteinzubeziehen ist schliesslich noch die Frage, ob internationale Vollzugsübereinkommen den stellvertretenden Vollzug der Geldstrafe im Ausland allenfalls erlauben (vgl. zum Ganzen BGE 134 IV 60, E. 8.3. ff. m.w.H.).

Im vorliegenden Fall steht mit Sicherheit fest, dass der Beschuldigte zum Aufenthalt in der Schweiz nicht mehr berechtigt war, ausgewiesen und inzwischen auch nach B._____ ausgeschafft wurde. Aus dem Verhalten des Beschuldigten ist zu schliessen, dass er eine Geldstrafe über insgesamt Fr. 1'500.- weder zahlen würde noch die Mittel dazu aufbringen könnte, diesen Betrag in Raten zu bezahlen. So ist daran zu erinnern, dass der Beschuldigte - als er sich in der Schweiz befand - ausser der Nothilfe über kein Einkommen verfügte und keinerlei Vermögen besass. Zudem tauchte der Beschuldigte bereits nach der Ausfällung der Strafbefehle vom 24. Februar 2011 und vom 20. Juli 2011 unter und bezahlte zumindest die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 ausgefallte Busse von Fr. 300.- nicht (vgl. Urk. 74). Eine Vollstreckungsprognose scheitert nicht zuletzt auch daran, dass im Rechtshilfeabkom-

men mit B._____ vom 3. Juni 2006 (SR 0.351.912.7) kein Vollzug von Geldstrafen vorgesehen ist bzw. kein Vollzugsabkommen besteht. Es ist daher eine Freiheitsstrafe von 5 Monaten bzw. 150 Tagen auszufällen. Daran sind dem Beschuldigten 100 Tage Haft (vom Zeitpunkt seiner Verhaftung am 15. Oktober 2013 bis zur Zuführung ans Migrationsamt am 22. Januar 2014; Urk. 7/1 und Urk. 32) anzurechnen (Art. 51 StGB).

IV. Vollzug und Widerruf

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes können Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten gemäss dieser Bestimmung nicht aufgeschoben werden. Mithin ist die ausgefallte Freiheitsstrafe zu vollziehen.

Zur Frage des Widerrufs der bedingt ausgefallten Geldstrafen gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 24. Februar 2011 (5 Tagessätze Geldstrafe zu Fr. 30.–) sowie gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur vom 21. Juli 2011 (60 Tagessätze Geldstrafe zu Fr. 30.–) ist zu bemerken, dass ein Widerruf nicht mehr angeordnet werden darf, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind (Art. 46 Abs. 5 StGB). Die Probezeiten für die beiden Strafbefehle wurden auf 2 Jahre festgesetzt und liefen mithin 2013 ab. Im heutigen Zeitpunkt ist die Anordnung des Widerrufs nicht mehr zulässig, weshalb die Strafen nicht zu vollziehen sind.

V. Kostenfolgen

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen im Wesentlichen. Einzig hinsichtlich des angefochtenen Widerrufs der bedingt zu vollziehenden Strafen obsiegt er zufolge Zeitablaufs. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 6 und 7) ist daher zu bestätigen und dem Beschuldig-

ten sind die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (vgl. Art. 428 Ziff. 1 StPO). Auf die allenfalls schwierige wirtschaftliche Situation des Beschuldigten kann im Rahmen des Kostenbezuges Rücksicht genommen werden. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Betrag von Fr. 2'200.– inklusive Mehrwertsteuer (Urk. 95 f., pauschalisiert) sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 150 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 100 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 24. Februar 2011 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird nicht vollzogen.
5. Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 21. Juli 2011 ausgefallte bedingte Teil der Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– (abzüglich 1 Tag erstandene Haft) wird nicht vollzogen.
6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'200.– amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.

9. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Staatssekretariat für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich
- die Staatsanwaltschaft Frauenfeld, in die Akten SUV_F.2011.95 (im Dispositiv)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur Unterland, in die Akten B-3/2011/4622 (im Dispositiv)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

10. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 14. Juli 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard